

Donaggio dell'autore

CAMILLO BREZZO

LA NUOVA TEORICA POSSESSORIA DI JHERING

E

LA CRITICA DEL METODO DOMINANTE



ROMA

ERMANN LOESCHER & C.^o

Via del Corso, 307

TORINO

—

FIRENZE

1890



PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

Legato **Anselmi**

OA. - b

514

CAMILLO BREZZO

LA NUOVA TEORICA POSSESSORIA DI JHERING

E

LA CRITICA DEL METODO DOMINANTE



ROMA

ERMANN O LOESCHER & C.^o

Via del Corso, 307

TORINO

—

FIRENZE

1889



Estratto dalla *Rivista italiana per le scienze giuridiche*
Vol. IX, fasc. III.

Città di Castello — Stab. S. Lapi, 1890.

LA NUOVA TEORICA POSSESSORIA DI JHERING e la critica del metodo dominante

Notizia dell'opera di R. v. JHERING: *Der Besitzwille. Zugleich eine Kritik der herrschenden juristischen Methode* — Jena, Fischer, 1889; pag. xvi-540.

«.... der Zweckgedanke der alleinigen Schöpfer des Rechts ist, und die Herrschaft, welche sich die Logik im Recht anmasst, eine erschlichene ist.»

Der Besitzwille, pag. X.

L'A. ritorna qui con amore, e vigoria quasi giovanile, alla tesi costantemente da lui propugnata¹: lo scopo nel Diritto, e la contrapposizione del metodo *realistico* o *teleologico* a quello *formalistico* o *dialettico* finora dominante.

Con tale intendimento, la concezione dell'A. aveva cominciato a muoversi entro un ambito latissimo: *Das teleologische System der sittlichen Weltordnung*; ma poi si contenne in più ristretti limiti, provando l'insufficienza del metodo dialettico nella teoria possessoria, che ivi appunto egli crede avere la logica del diritto fallito più decisamente alla prova.²

La teoria dell'*animus domini*, fin qui accolta nella sua sostanza, benchè modificata nella forma, è soprattutto il punto, contro cui sono rivolte le critiche dell'A., che nell'indole soggettiva di tal concezione savigniana, sostenuta generalmente a rigore di logica, vede la causa

¹ Cfr. *Geist des röm. R.*, IV, § 60; *Der Grund des Besitzschutzes*; *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*; e, particolarmente, *Der Zweck im Recht*.

² È noto il lavoro faticoso, onde la scienza giuridica omai da un secolo si travaglia nel porre a critico esame la teoria di SAVIGNY, provandone in molte parti l'insussistenza, senza però potersi rendere libera da quei concetti che ne formano la base. È noto è del pari come non siasi fin qui riusciti al lavoro ricostruttivo, il che indusse, in questi ultimi tempi, scrittori autorevoli, es. il MEISCHNER e il BEKKER, a riguardare la teorica possessoria romana come priva di principi direttivi e inadatta all'uopo. Cfr. BEKKER, *Das R. des Besitzes*, 1880, pag. 332, e *passim*.

Altri, quale il DERNBURG (*Entw. und Begriff des jurist. Bes.*, 1883, pag. iv) si appigliarono a più larghe indagini storiche, e sconsigliando il metodo esclusivamente logico, fecero presentire l'indirizzo ora assunto da Jhering.

Ma l'aver posto la teorica possessoria *teleologica* è merito esclusivo della recente opera jheringiana.

precipua del suo naufragio. Egli si rende libero dall'indirizzo e dalle idee tipiche comunemente invalse; e vi oppone una nuova teorica, oggettiva, che poscia svolge nei particolari, e mette a prova nei riguardi molteplici, onde è duopo esaminarne la sussistenza. Il pensiero dell'A. si rivela qui, come sempre, spregiudicato, potente, latissimo; e così anche l'opera presente appalesa il grande maestro, che scopre dall'alto più vasti orizzonti, e segna nuove vie alla scienza.

Premesse alcune considerazioni, in ordine alla terminologia, sulla convenienza di chiamare *possesso* solamente quello *giuridico*, e *detenzione* la *naturalis possessio*, e distinguere questa in *assoluta* (sulle *res extra commercium*) e *relativa* (*procuratoria*, es. nel caso del mandatario, del depositario, ecc., o in *proprio vantaggio*, es. quanto al conduttore, al comodatario...), l'A. rivolge direttamente le sue indagini al punto essenziale: quando sussiste l'esteriore stato di fatto che deve aver luogo nel possesso (*corpus*), in base a che si determina se vi abbia possesso o detenzione?

Savigny, e con lui la teorica dominante, rispondono: in base alla diversa qualificazione dell'*animus possidendi*. Chi vuol ritenere la cosa per sè (*animus rem sibi habendi*), o come la tiene il proprietario (*animus domini*), è possessore; chi tiene la cosa per altrui conto, è detentore. Nei casi di così detto possesso derivato (*precarista*, *enfiteuta*, *creditore pignoratizio*, ecc.) in cui, non ostante la mancanza dell'*animus domini*, si ammette il possesso, non s'ha a riscontrare che una anomalia, dal Dir. rom. accolta *utilitatis causa*: (teoria della soggettività, o della volontà). — Ma l'individuale *animus possidendi*, quale suole essere concepito dai sostenitori di quella teorica, si appalesa all'uopo inadatto, specialmente nei riguardi processuali, sia che lo si voglia riscontrare nel personale e libero divisamento del possessore, sia che lo si deduca dalla convenzione delle parti nel caso di *traditio possessionis*. La possibilità della prova, e la stabilità del Diritto materiale ne sarebbero lese gravemente; in luogo dell'ordine si avrebbe l'anarchia!

La teoria jheringhiana è, per contro, libera da tali inconvenienti: alla prova del possesso basta quella dell'esteriore stato di fatto (*corpus*), che in quello è richiesto, e che *come tale* ³ già inchiude in sè l'*animus possidendi*. Come criterio per distinguere detenzione da pos-

³ Pag. 8. Come si può scorgere nel corso dell'opera, l'A. richiede nell'elemento *corpus*, voluto nel possesso, tali caratteri da rivelare l'esistenza dell'*animus*, quale si vedrà essere da lui considerato. Una analoga concezione fu recentemente quella del PININSKI, *Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs*, II, 1888, pag. 152, 161,: "*Animus und corpus sind nicht zwei verschiedene Elemente, sondern zwei Seiten eines Ding-*" (pag. 153).

Sesso, vale, non già lo stato soggettivo dell'animo, ma la natura oggettiva del rapporto (teoria dell'oggettività).

Questa può assumere, ed assumere, per vero, successivamente, nel pensiero dell'A., due forme diverse:

a) Nel dubbio fra detenzione o possesso decide la prova della *causa possessionis*.⁴ — Ma esigere tal prova in base alla semplice contestazione del possesso, sarebbe stato tutt'uno che lasciare un buon numero di possessori affatto privi di tutela.

Dopo più matura ponderazione soprattutto nei riguardi processuali, l'A. fu perciò indotto a modificare la base della sua teorica, la quale nella forma presente trovasi così formulata:

b) Sulla questione se in un caso singolo sussista possesso, o solo detenzione, decide, in ordine al Dir. sostanziale, la regola che si deve generalmente ritenere esistere possesso, sempre quando sussista lo stato di fatto richiesto a quell'intento; ed il diritto eccezionalmente non vi deroghi col riconoscerli soltanto una *detentio alieno nomine*. Nell'ordine processuale, poi, nulla di più è necessario provare per stabilire l'esistenza del possesso: all'avversario, che ne contesta l'esistenza, incombe l'onere di addurre nella specie una *causa detentionis*.

Questa nuova teoria consuona coll'antica di Savigny, negativamente, in ciò, che il rapporto materiale colla cosa, per sè, vuolsi tenere distinto dal possesso, e, positivamente, nel requisito della volontà, che si esige non meno nel possesso, che nella detenzione, com'è intesa da Jhering.

Quanto al primo punto,⁵ rilevata la convenienza di quella distinzione, e nella terminologia, e nel concetto, che vive non solo nella mente dei giuristi, ma altresì nella coscienza del popolo, l'A. trova che il possesso si contrassegna colla constatazione dell'*interesse* della persona alla cosa: sollecitamento dello stato d'appetenza per mezzo di questa, cioè *interesse*, — direzione della *volontà* ad essa, — *effettuazione* sua collo stabilire su quella il corrispondente rapporto esteriore, sono i tre momenti, che attestano ogni relazione di possesso; e nel primo sta la ragione precipua, ond'esso viene tutelato dal Diritto,⁶ a cui spetta di fissarne le condizioni.

⁴ Così esposta la teoria di Jhering potrebbe sembrar coincidere colla teoria della volontà intesa non come *individuale*, ma come *tipica*, quale cioè emerge dalla natura del rapporto. Ma è facile vedere, egli osserva, che in tal caso la *volontà* come tale sarebbe pressochè eliminata.

⁵ Cap. III.

⁶ L'A. ne anticipa la definizione dell'*interesse*, che si propone di provare nel terzo volume della sua opera — *Der Zweck im Recht*: "Interesse ist das Gefühl der Bedingtheit unseres Daseins durch etwas ausser uns."

Ora, la forma, che deve assumere la realizzazione della volontà, si contrassegna, positivamente, colla assicurata potestà di fatto di operare in proprio sulla cosa, negativamente, coll'esclusione d'ogni altro.⁷ Da questa concezione materialistica il Dir. rom. si è, nel corso dei tempi, svincolato, ammettendo la continuazione, e anche l'acquisto del possesso *oculis et affectu*,⁸ però soltanto nella contrattuale traslazione del possesso, chè nell'acquisto per causa unilaterale la materialità dell'atto fu sempre imprescindibilmente richiesta. — Però l'elemento *corpus* non è qualcosa, che per sé sussista indipendentemente o precedentemente alla volontà. Come parola e pensiero, così stanno fra loro *corpus* ed *animus*; nella parola s'incorpora il pensiero fino allora puramente interno, nel *corpus* la volontà fino allora segreta. La relazione materiale colla cosa è certo una condizione imprescindibile per la realizzazione dell'*animus possidendi*, ma il *corpus* sussiste solo quando la volontà vi imprime lo stampo del rapporto possessorio.⁹

E qui viene a galla il secondo punto di contatto colla teoria dominante: il requisito dell'*animus possidendi* anche nella detenzione, come l'A. l'intende (*naturalis possessio*). Anche secondo la dottrina di Savigny il concetto di questa non riposa sulla *mananza*, ma su una diversa *qualificazione* della volontà. — Jhering, ammettendo una volontà identica nella detenzione e nel possesso, crede pure si debba questa distinguere dalla relazione materiale colla cosa, viè maggiormente poi in quanto, contro ciò che si ritiene per solito, non solo il Diritto dell'età di mezzo ha tutelato la detenzione col giudizio sommarissimo, e coll'azione di spoglio, ma già lo stesso Dir. rom. col far lecito il *vim vi repellere*, col concedere in genere l'*actio injuriarum* e a volte l'*interd. quod vi aut clam, de loco publico fruendo*, ecc. L'accennata distinzione è quindi a conservarsi nei riguardi terminologici, concettuali, e pratici.

Ora è duopo vedere alle prese la teoria jheringhiana con quella di Savigny.¹⁰ Chiamando *x* il possesso, *y* la detenzione, *a* l'*animus*, *c* il *corpus*, *z* il più che si riscontra nell'*animus* del possessore di fronte al detentore, secondo la teoria di Savigny, - *n* quello che si ha di meno nella detenzione secondo Jhering, si possono contrapporre le seguenti formule:

⁷ Poichè questo esteriore stato di fatto non può, senza l'opera della persona, aver vita, necessariamente in sé stesso testimonia la presenza della volontà.

⁸ L. 1 § 21 Dig. 41. 1.

⁹ Tale, a un dipresso, era già il concetto del PININSKI nel vol. 1 dell'op. cit., (1885) pag. 149 fg.

¹⁰ Cap. V., dell'opera di Jhering.

$$\begin{aligned} x &= a + \alpha + c \\ y &= a + c \end{aligned} \quad (\text{Savigny})$$

$$\begin{aligned} x &= a + c \\ y &= a + c - n \end{aligned} \quad (\text{Jhering})$$

Secondo la teoria savigniana il punto di partenza nella teorica possessoria è la detenzione, che poi sale al grado di possesso coll'aggiungersi di un elemento di natura positiva (α); secondo quella di Jhering il concetto del possesso è direttamente studiato nella sua entità; il $-n$, che dà luogo alla detenzione, è di natura puramente eccezionale, nè si può ammettere fuori dei casi espressamente definiti, è un impedimento, rimosso il quale ripiglierebbe tosto vita il possesso, e consiste o nell'essere la cosa posseduta una *res extra commercium*, o nella inefficacia della *traditio possessionis* per mancanza della *possessio vacua*, o per la qualità di *filius familias* in chi tiene la cosa, o in altri rapporti, in base ai quali il Diritto ammette solo la detenzione, per serbare ad altri il possesso. Non è criterio l'*animus*; l'individuale volontà non ha qui alcun valore: tutto decide la *positiva* disposizione di legge, in forma *negativa*, ispirata a concetti *pratici*, di natura *oggettiva*, chè il fondamento per escludere il possesso e ammettere la detenzione non è già insito in questa, sibbene in un interesse ad essa estraneo, come si vede nei casi sopra addotti.

Le conseguenze dei concetti ora esposti sono praticamente riconosciute dalle fonti:

- a) insussistenza dell'impedimento falsamente supposto;¹¹
- b) trasformazione della detenzione in possesso col venir meno di quell'ostacolo.¹² — Per tal modo è parimente possibile spiegare una massima dell'antico Dir. rom., finora incompresa, che cioè l'*usucapio pro herede lucrativa* è esclusa quando esistono *heredes sui*,¹³ imperocchè questi già prima della morte del padre si trovavano *in possessione*, e solo era impedimento al possesso la patria potestà;
- c) sussistenza del possesso non ostante l'*animus rem alieno nomine detinendi* derivante da rapporto contrattuale;¹⁴
- d) l'elemento n non è un portato della *logica*, ma del diritto positivo: uno stesso rapporto contrattuale a volte dà vita al possesso, altre volte alla detenzione, es. la conduzione temporanea produce detenzio-

¹¹ l. 44 § 4. *de usurp.* (41. 3.) l. 21. de A. R. D. (41. 1).

¹² l. 25 § 2 Dig. 41. 2.

¹³ Gaio, II. 58, III. 201; l. 2 Cod., pro hered. (7, 29).

¹⁴ l. 21 *de usucap.* (41. 3).

ne, quella perpetua (enfiteusi) possesso; così il deposito dà luogo al possesso nel sequestro, e così il mandato, quando il mandatario agisce per conto altrui, ma in nome proprio, ecc.

In tutti questi casi, e particolarmente poi in quello di possesso derivato, la logica ha mostrata la sua impotenza, e ha dovuto riconoscere che lo svolgimento storico si è sovrapposto in diversa guisa alla sua libera esplicazione, simile in ciò al debitore, che non è più in grado di pagare i suoi debiti, e in parte si dispone a scioglierli, in parte dichiara la sua insufficienza: nel comune linguaggio ciò si appella dichiarazione di fallimento. — Prendasi, in quella vece, dice l'A., a studiare oggettivamente il *pratico scopo*, che è la gran molla del mondo umano e sociale, e ogni norma si esplicherà in modo facile e piano.

Dopo ciò, l'A., sempre intento alla critica della teoria savigniana e del metodo dialettico, rifà la costruzione logica di quella, per poscia vagliarla nei diversi riguardi, sotto cui dovrebbe essere soddisfacente. I punti culminanti della teoria accennata sono:

1) Prova dell'*animus rem sibi habendi* come requisito del possesso secondo le fonti:¹⁵

2) contrassegno della detenzione nella mancanza dell'animo di possedere *per sè*;

3) distinzione del tenere la *cosa* per proprio vantaggio (*esercizio* di un diritto altrui) dall'aver il *possesso* per sè; dal che appare come il locatore, l'inquilino, il commodatario non siano possessori *proprio nomine* (rappresentanza nel possesso);

4) la volontà del detentore è diretta ad avere la cosa solo *pro tempore*, quella del possessore ad una ritenzione duratura;

5) il detentore riconosce sopra di sè il possessore legittimo (rapporto di giuridica dipendenza), la posizione del possessore è per contro assoluta e libera;

6) e, come il prototipo di tal posizione indipendente è il dominio, così l'*animus possidendi* vuol essere designato come *animus domini*,¹⁶ volontà di possedere in modo esclusivo e perenne come farebbe il proprietario;

7) i casi di possesso derivato sono una anomalia spiegabile per ragioni storiche, e che si può correttamente ricollegare ai principî dal punto di vista di una traslazione fattane dal possessore originario;

8) la volontà creatrice del rapporto possessorio può altresì di regola modificarlo o scioglierlo.

Con latissima ampiezza di vedute l'A. pone ad esame questa teorica dal punto di vista storico, processuale, legislativo-politico,

¹⁵ I. 1 § 20 D. 41.2.

¹⁶ Theofilo (II, 9, 4, III, 29, 2).

didattico, e, astraendo anche dal mondo romano, ne traccia la critica interna, scrutandone la compagine nel suo vario esplicarsi.

Cominciando dalla prova storica ¹⁷ a cui è posta la teoria savi-gniana, l'A. nota come i sostenitori della medesima limitandosi a riscontrare nella distinzione fra detenzione e possesso il portato necessario di una concezione astratta logicamente svolta, abbiano trasandato affatto di fissare i momenti vari del processo graduale, onde quei concetti si vennero affermando, ciò che pure avrebbe loro aperti gli occhi sulle dubbiezze che quella teoria presenta. Cosa strana! Il popolo nella spontaneità del suo sentimento avrebbe ravvisato un possessore in chi prende la cosa a locazione, ma ad un tratto sarebbesi fatto innanzi un giurista, che, sul fondamento di astratte speculazioni sull'entità dell' *animus possidendi*, l'avrebbe indotto a non riconoscere in quello, che un puro detentore — e ciò appo i pratici e utilitari Romani, di cui ogni atto, ogni volontà, ogni pensiero era rivolto all'operosità praticamente feconda: è impossibile!

Altra vuol dunque essere stata la via, altro il movente: la sociale utilità, la civile convenienza. Certo, dalla primitiva concezione materialistica del possesso, alla spiritualistica distinzione di questo dalla detenzione, lungo dovette essere il cammino, e laborioso, chè il possesso più d'ogni altro istituto conserva in ogni momento della sua storica evoluzione il carattere primitivo di rapporto corporale, e la distinzione accennata rappresenta, d'altro lato, un alto grado d'astrazione dalle sensibili apparenze. Gli è perciò che l'elaborazione dovè trarre principio da sentiti bisogni della vita quotidiana, i quali, assai meglio che nella speculazione astratta, vogliono essere cercati nella romana famiglia. Per vero, anche senza espressa testimonianza delle fonti, si può a lume di buon senso ritenere, che i casi di detenzione per parte dei figli e degli schiavi precedettero quelli derivanti da rapporti contrattuali: ora, la coscienza del popolo su quel rapporto non poteva essere dubbia; gli schiavi, i *filii-familias* non potevano intentare le azioni in giudizio, quindi non erano *possessores*, ma soltanto *in possessione*.

Solo più tardi, da questi angusti limiti di utilità quotidiana cominciò il pensiero dei giuristi ad astrarre e generalizzare: ma là è il terreno, la patria, ove nacque e si svolse il concetto della *naturalis possessio*, come avvenne della *naturalis obligatio*. Anche le fonti lo riconoscono, quando affermano: "*possidere.... videmur.... etiam si nostro nomine aliquis in possessione sit*, LICET IS NOSTRO JURI NON SUBJEC-TUS SIT", ¹⁸. E se anche fosse questa soltanto una opinione personale

¹⁷ Cap. VI

¹⁸ Gaio, IV, 153.

di Gaio, l'A. si dichiara già abbastanza soddisfatto che la sua concezione abbia potuto coincidere con quella d'un tal giurista romano.

Nell'estensione successiva della detenzione al di fuori della romana famiglia, se ne conservarono da prima gli essenziali caratteri: compossesso, dipendenza personale del detentore. Columella¹⁹ invero ne dice: "*patris familias felicissimum fundum esse, qui colonos indigenas haberet et tanquam in paterna possessione natos jam inde in cinabulis longa familiaritate retineret.*", Qui la colleganza con quei primitivi concetti apparisce evidente. E da altri passi risulta pure che al conduttore, all'inquilino, ecc., del pari che ai figli di famiglia, non era da prima accordata azione di niuna guisa, sibbene una tutela di fatto derivante dal costume.

In istretta colleganza colle idee prima invalse fu così ammessa la detenzione, come derivante da rapporti contrattuali, nelle cose immobili; intendimento pratico fu la tutela del possessore anche senza esigere la non interrotta coltura del fondo colla sua personale attività. Altro è a dirsi quanto ai mobili; ivi l'azione *ex contractu* è il mezzo abituale onde si vale il mandante, il locatore, il commodante, ecc.; l'avervi ammessa la *possessio naturalis* non fu per uno scopo pratico, sibbene una sequela naturale di quel concetto prima sorto riguardo agli immobili: ciò che rispondeva qui alla coscienza del popolo, là non fu che un'estensione artificiale dei Giuristi. Più tardi col far servire il concetto della detenzione a scopo di acquisto del possesso col mezzo di rappresentante, quello raggiunse tutto lo svolgimento ond'era capace. Chè anzi, coll'istituto della *juris quasi possessio*, che rendeva praticamente possibile una *compossessio duorum in solidum*,²⁰ la detenzione penetrò in parte nelle sfere del possesso; e l'origine di questo trapasso vuol essere parimente ricercata nei bisogni della romana famiglia, nella necessità di provvedere colle servitù personali, al sostentamento dei parenti poveri e senza figli, vita durante. Così, quella verrebbe, in germe, a riassumere in sé il principio primo e il termine ultimo nello svolgimento della detenzione.

Epperò non sono le astratte speculazioni, i riguardi alla diversa natura dell'*animus possidendi*, che abbiano dato vita alla *naturalis possessio*, sibbene lo stimolo dei pratici interessi.

Venendo ai riguardi processuali l'A.²¹ premette una sagace indagine sull'economia del diritto probatorio, ove è principio, del pari che nella dinamica, — minore possibile dispersione della forza negli

¹⁹ II, 7.

²⁰ Cfr. il caso dell'usufrutto.

²¹ Cap. IX.

attriti. — Due sono gli intendimenti precipui: ridurre il pensiero giuridico in una forma pratica e quasi palpabile, approssimarsi alla realtà concreta dei fatti col prendere a norma ciò che secondo dati statistici suole avvenire più generalmente (approximativen Surrogationsmethode). A tal uopo il legislatore non esige sempre la prova certa di tutti gli elementi costitutivi d'un determinato stato di fatto, ma talvolta ne ammette solo la prova contraria, e ciò in doppio modo: o collo stabilire una *presunzione*, o col distinguere nella prova una parte positiva, che incombe all'attore, da una negativa che tocca al convenuto; col primo mezzo si esonera l'attore dalla prova della realtà, col secondo lo si esenta dall'escludere le contrarie *possibilità*.

Ora, soddisfa alle accennate esigenze la teoria dell'*animus domini*? Ha la medesima una forma oggettiva e pratica, la quale renda possibile nei casi singoli la prova del possesso? — La teorica della volontà individuale, non certo, chè, qualunque essa sia, non sarà mai riconosciuto, secondo la legge romana, il possesso al conduttore, all'inquilino, ecc.

Sarà preferibile la teoria della volontà tipica (*ex causa possessionis*)? — Sarebbe esigere troppo: la prova del possesso con causa legittima dà luogo alla *Publiciana*: inutile sarebbe allora una speciale tutela possessoria.

Unica via per ovviare a tali difficoltà è pertanto l'ammettere il possesso, una volta provata la detenzione, salvo la controprova; e due sono i mezzi, quelli sopraccennati. Il cod. franc.²² ha seguito il primo, la *presunzione* di possesso; il Dir. rom. il secondo, divisione della prova in due parti, positiva e negativa, la seconda delle quali è lasciata al convenuto²³. Criterio ne è l'elemento statistico, chè incomparabilmente più grande è il numero delle cose possedute di fronte a quelle soltanto detenute; alla prova del possesso deve quindi bastare quella dell'esteriore stato di fatto.

Ma quale forma processuale ha dunque proposto la teorica dominante? — la risposta è chiara: — nessuna! Ciò non fa meraviglia, se si pensi che Savigny, allorchè scrisse l'opera sul possesso era in età assai giovanile, e ben poteva mancare di pratica accortezza; ma è a stupire che nè egli stesso in più matura età, nè i suoi seguaci siansi fatto carico di riscontrarne la pratica inapplicabilità.

Solo BARON²⁴ accenna alla necessità di provare in molti casi

²² Art. 2230.

²³ PAULUS, Sent. rec., V, 11, § 2 "*Probatio traditae vel non traditae possessionis non tam in jure quam in facto consistit, ideoque sufficit si rem corporaliter teneam.*"

²⁴ Abhandl. aus dem. preuss. R. 1860, S. 4-10.

l'*animus domini* mediante la *causa possessionis*; e così più decisamente il Rudorff, nella settima edizione dell'opera di Savigny. — Ma, se taluno trova un tesoro o afferra una preda, senza che alcuno sia presente, come proverà la *causa possessionis*? e se in questo caso essa non si esigerà, la si potrà pretendere da chi abbia, per esempio, comprata la fiera dal cacciatore? che farà il giudice? — Inoltre i Romani accordavano al ladro gli interd. possess.: secondo Rudorff anche quello avrebbe invocato in suo appoggio la causa del suo possesso!

Il RANDA,²⁵ meglio si appoggia sulla *espressa dichiarazione* delle parti, oppure sugli *indizi*. — Ma, nè quelle per solito fanno in proposito alcuna menzione, nè il richiamo generico agli indizi è per sè soddisfacente, chè l'autore si limita ad accennarvi in modo vago.

Nella teorica jheringhiana la questione della prova sciogliesi, in quella vece, in modo affatto semplice: il possesso vuol essere ammesso in base alla prova dello stato di fatto, che in sè dimostra l'*animus*; la detenzione è qualcosa di meno, la *bonae fidei possessio* qualcosa di più (il titolo), il dominio ha inoltre per causa la proprietà del tradente, o la durata *ad usucaptionem*, quando titolo e tempo non sono sostituiti dalla qualità di *res nullius* della cosa posseduta. Per tal modo si ha lo schema seguente:

possesso	= a + c
detenzione	= a + c - n
b. f. possessio	= a + c + t
proprietà	= a + c + t + e
"	= a + c + t + d
"	= a + c + h

Di qui si vede come sia richiesta la prova d'una diversa qualificazione dell'*animus* per vedere quale sussista fra gli accennati rapporti, nè con ciò la volontà rimane in verun caso eliminata: alla prova di questa tendono tre metodi, l'*assoluto* in base alla constatazione dell'esteriore stato di fatto, il *relativo* sul fondamento di una precedente *causa*, l'*individuale*, secondo cui decidesi caso per caso dell'esistenza interna di quella data condizione dell'animo. Ben si vede che quest'ultimo, accolto dalla teorica dominante, sia all'uopo il meno adatto, mentre il primo (teorica di Jhering) si appalesa il più facile e pratico.

Segue la prova *legislativo-politica*,²⁶ di fronte alla quale la teoria dell'*animus domini* mostra del pari la sua insufficienza. Giusta la teoria della volontà astratta, fra detenzione e possesso dovrebbe

²⁵ *Der Besitz nach österr. R. Aufg.* 3., S. 372.

²⁶ Cap. X.

decidere l'interno stato dell'*animus*: ma nei casi di possesso derivato ciò condurrebbe a pratiche incongruenze. Si dirà che questi formano eccezione alla regola; ma se qui non si bada alla volontà come criterio distintivo, perchè dovrà essa valere in altri casi?

Peggio che mai la teoria della volontà individuale stabilisce come criterio la libera determinazione di chi tiene la cosa. — È facile vedere che altra è la dottrina romana. Anzitutto, quanto al sorgere del possesso, a norma della volontà individuale si dovrebbe avere detenzione dove pure il possesso sussiste, ed a vicenda: ma altro è il disposto delle fonti.²⁷ Inoltre, il solo cambiamento dell'*animus* non ha la virtù di trasformare la detenzione in possesso;²⁸ e neppure il possesso in detenzione. È a dir vero un'opinione oggi molto favorevolmente accolta che ciò si avveri nel *constitutum possessorium*:²⁹ ma quello che in dati casi è disposto per motivi di peculiare utilità, quello che ivi è detto, come tentativo di costruzione teorica, non vuolsi estendere ed elevare al grado di norma generale e concreta, ed a criterio della teorica. Il Dir. rom. nè ha accolto tal massima in casi, ove pure sarebbe stata praticamente feconda,³⁰ nè vi avrebbe potuto accedere senza contraddire ai principî fondamentali.³¹ Di più, se colla sola dichiarazione di trasferire la proprietà questa passasse p. es. al compratore, egli non esperirebbe più l'*actio empti* per avere la cosa, sibbene l'*actio depositi, locati*,...; con un sol motto, e con rapidità maggiore del telegrafo si potrebbe trasferire il dominio delle più lontane terre, dei più lati poderi: ingegnoso meccanismo! La libera volontà individuale regolerebbe a capriccio il rapporto possessorio. Oggi p. es. trovo una cosa che credo *nullius*, e vado a letto coll'*animus domini*; domani apprendo che il proprietario l'ha perduta, e deciso di restituirla, mi metto in letto con l'*animus alieno nomine detinendi*; il dì seguente vado a portargliela, ma ei mi risponde che, trovandola guasta, non la vuole ripigliare, — terza posizione: *animus domini*, e così di seguito. Conseguenze ridicole, che condannano le loro premesse! L'uomo del popolo, in realtà, nulla conosce della diversa qualificazione dell'*animus*, della distinzione fra detenzione e possesso. Il legislatore non può

²⁷ Es. 1. 13 *de donat.* (39. 5.), 1. 9 § 1. (28. 8.), 1. 4 pr. (40. 2.), 1. 15 § 1 (40. 9.). Ivi, per i bisogni pratici del rapporto di rappresentanza, si astrae affatto dalla contraria volontà del detentore.

²⁸ 1. 3 § 18 (41. 2.) "... nec animo furtum committitur"; 1. 32 § 1 h. t. "prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet."

²⁹ 1. 77 *de R. V.* (6. 1.), 28, 1. 35 § 5 *Cod. de donat.* (8. 53.), 1. 2 *pro socio*, D. (17. 2.).

³⁰ *Frag. Vat.* § 233, 1. 42 pr., *de m. c. don.* (39. 6.) 1. 14 § 1. *de her. vend.* (18. 4.). Ivi la tradizione è espressamente richiesta.

³¹ 1. 20 *Cod., de pactis*, (2. 20): "tra litionibus. non nudis pactis dominia rerum transferuntur."

assumere a guida il diverso colore della individuale volontà. Alla prova legislativo-politica la teoria della soggettività si mostra perciò del pari insoddisfacente.

Segue la prova didattica.³² L'A. si richiama col pensiero a' suoi anni giovanili, ai dubbi ed alle oscurità, onde allora gli apparve circondata la teorica savigniana sul possesso, quando studiava pandette alla scuola del THIBAUT, il quale, benchè in molte parti avversario di SAVIGNY, aderiva però a lui pienamente nella materia del possesso. Egli ricorda la lacuna, che restò nel suo pensiero, anche dopo aver consultata la teoria di MACKELDEY, di WENING-INGENHEIM, di MÜHLENBRUCH, di PUCHTA, ed altri ancora, rilevandone le contraddizioni ed i risultati vaghi ed oscillanti. Ancora oggi, egli osserva, cinquant'anni dopo, non mi so raccapezzare in quella teorica

„Als ging mir ein Mühlrad im Kopf herum“.

È parimente istruttivo il capitolo seguente: -- Uno sguardo alla storia della letteratura —, ove l'A. pone in chiaro come la teorica da Savigny propugnata, e che da lui ebbe il nome, rimonti in quella vece fino a Donello, anzi fino al giureconsulto Paolo. Distingue poscia tre posizioni assunte dalla scienza in ordine all'*animus domini*: semplice accoglimento della teorica di Savigny, prova della dialettica necessità di secernere detenzione da possesso, in correlazione colla diversa natura dell'*animus domini* (PUCHTA, BRUNS), scambio dell'*animus domini* coll'*animus possidendi*, *animus dominantis*, ψυχὴ δεσπόζοντος³³. Quest'ultima rappresenta il più notevole progresso, che dalla teorica dominante siasi fatto nel nostro secolo. — Però già in MANDRY, e DERNBURG³⁴ cominciò a sentirsi un alito di vita nuova, che solleva un po' lo spirito oppresso dal tanfo omai soffocante d'una logica inesorabile. Nondimeno non fu quello, che un debole accenno, il quale non ebbe seguito: in realtà, la *communis opinio* rimase fedele alla teorica possessoria che prende a base il vario atteggiarsi dell'*animus possidendi*³⁵.

Eppure questa dottrina, considerata ne' suoi varî aspetti, si palesa fondamentalmente erronea; il Dir. rom. non riconosce che una sola volontà nel possesso, e la detenzione non è che il portato di una deroga stabilita in dati casi della legge. — Ora adunque, come potè sorgere quella teoria?

³² Cap. XI.

³³ Teofilo. 2. 9. § 4; 3. 29. § 2.

³⁴ MANDRY, *Arch. für civ. Pr.*, B. 63, (1890) pag. 1-26; DERNBURG, op. cit., e *Pand. I.*, § 172-174, 179 (1894).

³⁵ ARNDT, § 135, BARON, § 112, BRINZ, § 135, WÄCHTER, § 122, SINTENIS, § 42, WINDSCHEID, § 143, 149, ecc. V. *Der Besitzwille*, pag. 263, in nota.

Il merito assai contestabile d'averla per primo messa in luce è dovuto al giureconsulto Paolo, che ne pose i principî in due passi: l. 1 § 20 Dig. (41. 2.) e l. 37 (13. 7.). Se i compilatori delle pandette, nota l'A., avessero, come i BASILICI,³⁶ conservate unicamente le norme di legge ivi espresse, senza addurre la motivazione di Paolo: *quia (procurator, curator) non habeat animum possidentis —, quia conducenti non sit animus possessionem apiscendi —*, mai la teoria della soggettività non avrebbe vista la luce del mondo, poichè l'accento all'*animus*, nel senso voluto da Paolo, in nessun altro luogo più compare nelle fonti. Si può ritenere, per vero, che:

- a) quella è una *individuale* concezione di Paolo;
- b) l'*animus possidendi*, secondo Paolo, non ha il significato di un principio di diritto, bensì unicamente di un mezzo per costruire la relativa teorica; e l'errore della teorica dominante si fu nell'attribuirvi il valore di una verità dommatica.

Certo, in base ai due passi citati di Paolo, quella apparisce pienamente fondata, ma non si attaglia ad altri parecchi testi delle fonti, di fronte a cui quella costruzione teorica si palesa insussistente. Guai se ad ogni astrazione dei giuristi romani si accordasse la portata di una teorica generale! Così, nella specie, si ha uno dei molti tentativi del giureconsulto Paolo, riusciti a vuoto. Egli stesso notava, p. es., nel tema dell'*usucapio libertatis* di una *servitus ne prospectui officiat*, come quella non possa affermarsi, nel suo nascere, col mezzo di una piantagione, *quia non ita in suo statu et loco maneret arbor, quem ad modum paries, propter motum naturalem arboris*,³⁷ laddove la vera cagione sta in ciò che l'albero non è, per sè, una protesta, come ha luogo nel caso del muro. — Del pari per giustificare la *lex Scribonia*, egli rilevava che "... *tales sunt servitutes (praediorum rusticorum) ut non habeant certam continuamque possessionem*,³⁸ laddove la cagione sta nel favorire la libertà dei fondi. — Così dicasi in altri casi parecchi,³⁹ dai quali può emergere un chiaro concetto della individualità di Paolo; egli è il PUCHTA della romana antichità, ha lo stesso fanatismo nelle costruzioni giuridiche; e il difetto sale in lui ad un vero parossismo. La teoria possessoria poi sembra essere stato l'argomento prediletto, ov'egli più liberamente svolse le sue tendenze alle astratte concezioni: nessun altro giurista romano si è occupato altrettanto della soggetta materia. Sempre viene a galla ne' suoi frammenti l'*animus possidendi*.

³⁶ 25, 1, 36; 50, 2, 1.

³⁷ l. 7. de S. P. U., §. 2.

³⁸ l. 12, pur., de serv. (8. 1).

³⁹ Cfr. pag. 273-283.

1 — All'acquisto del possesso occorrono *animus* e *corpus*: l. 3 § 1, l. 8 Dig. (41. 2), l. 153, *de R. J.* (50. 17) *Sent. rec.* V, 2, 1. Paolo è il solo giureconsulto che espone tal norma.

2 — L'*animus* manca all'infante, al mentecatto: l. 1 § 3, 9, 10; l. 32 § 2 (42. 2), alle persone giuridiche, l. 1 § 22, e a chi *jure familiaritatis fundum ingreditur*, l. 41.

3 — Nel caso d'acquisto per rappresentante occorre l'*animus* nel rappresensato, l. 3 § 12.

4 — Anche il pupillo può talora acquistare il possesso se ha l'*animus possidendi*, l. 4 § 1 *de usurp.* (41. 3).

5 — Il conduttore non possiede, gli manca l'*animus*; così il rappresentante, l. 37 *de pign. act.* (13. 7). l. 1 § 20 (41. 2).

6 — Il contraente in nome proprio, ma per conto altrui, usucapisce, benchè gli manchi il corrispondente *animus*; l. 13 § 2 *de usurpat.* (41. 3).

E via di questo passo. ⁴⁰ — Come potè dunque Paolo pervenire alla concezione di quella teorica? donde potè trarre principio? — L'errore di Paolo sta nel non aver osservato come basti che la volontà sia diretta ad un atto determinato, per fare luogo alle conseguenze giuridiche, che la legge collega al medesimo. Così, nella specie, conchiuso l'atto che dà vita alla detenzione, questa sorge senza che punto vi influisca la volontà individuale; che anzi, di regola, l'uomo del popolo ignora affatto le distinzioni dei giuristi, nè suole avervi speciale riguardo. E come non è duopo conoscere le conseguenze dell'atto giuridico, così neppure vuolsi sapere i presupposti, e la loro sussistenza nel caso concreto. Non nuoce la volontà mancante o l'inscienza: *plus est in re quam in existimatione mentis*. — Così nella citata legge l. § 20 (41. 2.) Paolo ricollega la detenzione del rappresentante alla mancanza dell'*animus possidendi*, sebbene anch'egli ammetta che il rappresentante, il quale acquista una cosa in proprio nome, è possessore, *quamvis (possit) videri non pro (suo) possidere*: ⁴¹ ma come è possibile o probabile che i contraenti pongano mente ad una così sottile distinzione di volontà nel negozio giuridico da loro contratto? la volontà è rivolta all'atto: le conseguenze ne dimanano per opera di legge. PAOLO, in quella vece, argomenta in base alla diversa qualificazione dell'*animus possidendi*; e ciò che GIAVOLENO aveva negato come contraddidente alla *rerum natura*, ⁴² egli intende a dimostrare come logicamente

⁴⁰ l. 22 § 1, *de nox. act.* (9. 4), l. 13 pr. *de usurp.* (41. 3), l. 1 § 13 (41. 2), l. 3 § 6 *ibidem*.

⁴¹ l. 13 § 2 *de usurp.* (41. 3).

⁴² l. 23 § 2 (41. 2).

necessario.⁴³ — E ad un tal uomo è la moderna giurisprudenza, credula e senza critica, venuta dietro nelle astratte speculazioni sull'*animus possidendi*!

Segue la critica interna della teoria dominante.⁴⁴

L'errore fondamentale di quella teorica, dice l'A., sta nell'affermare l'incompatibilità del possesso colla volontà di tenere la cosa per altrui conto. — Il Dir. rom. ha, in quella vece, riconosciuta la nessuna influenza delle soggettive intenzioni sul rapporto giuridico. Così l'antico Dir. romano ammetteva nel rappresentante la proprietà della cosa acquistata, così nella rappresentanza, nelle obbligazioni, nella *fiducia*; la breve durata e l'obbligo della restituzione non nuocevano alla attuale esistenza del dominio, nascente da quelle posizioni giuridiche. Lo stesso dicasi in tema di possesso. — E dacchè in questo si ammise, per le pratiche utilità quotidiane, l'immediato acquisto al rappresentato, non essendo però possibile, secondo le idee romane, una *compossessio duorum in solidum*, si dovette di necessità riconoscere solo la detenzione al rappresentante. Ma si vede intanto come non vi abbia influenza la volontà soggettiva.⁴⁵

La teorica dominante parifica gli altri casi di detenzione a quello del rappresentante: sempre adduce come criterio l'animo di tenere la cosa per altri. Ma se un uomo del popolo, trovandosi ad essere conduttore, inquilino, commodatario, e simili, si sentisse rivolgere da un giurista la domanda, se egli possiede per sè, o per un altro, crederebbe al certo di esser preso in giro. Nessuna logica del mondo sarà mai in grado di scuotere la massima che il conduttore conchiude il contratto per sè, nel suo proprio interesse, e che per sè ara, semina, raccoglie.

L'animo del *possessore*, continua la teoria dominante, è rivolto ad una durevole, la *detenzione* ad una passeggera ritenzione della cosa. — Ma si tratti di $\frac{1}{10}$ o di $\frac{1}{100}$ di x, non si sa come questo x debba perciò cambiare natura: la differenza sarà *quantitativa*, non già *qualitativa*. E così, per vero, i Romani conobbero fin nei primi tempi l'esistenza del possesso nel caso del *precarium*, e della *pignoris capio*, e più tardi anche in quelli del pignoramento, dell'enfiteusi temporanea, e del sequestro, per quanto breve ne fosse la durata.

Il possessore, a differenza del detentore, dice ancora la teoria dominante, non è astretto da alcun vincolo di dipendenza. — Ma come

⁴³ Sent. rec. V, 2, 2.

⁴⁴ Cap. XIV.

⁴⁵ Alla l. 21 *de her. vend.* lo stesso Paolo riconosce che il venditore possiede la cosa, sebbene la tenga pel compratore (cfr.: *ut alienum*).

può sussistere tal norma? il carattere fondamentale di tutto l'istituto non consiste forse appunto nella indipendenza del possesso dal diritto? Basta accennare ai casi di possesso derivato per dimostrare che l'accennata massima è una *petitio principii*. Così il compratore in nome proprio per conto altrui, il venditore, hanno bensì un vincolo giuridico di dipendenza verso altri (rappresentato, compratore); tuttavia non è loro negato il possesso.

Il possesso, aggiunge la teorica di Savigny, si caratterizza per la volontà di esercitare il dominio; questa manca al detentore. — Ma il concetto del possesso è indipendente da quello della proprietà, sebbene questo non sia indipendente dal primo: il concetto del possesso è il logico *prius*, quello della proprietà è il *posterius*; ordine logico, che assai probabilmente risponde altresì all'ordine storico. Non è quindi ad accogliersi la teoria accennata, che in luogo dell' α del possesso ci nomina lo z del dominio.

Oltre a ciò, il possesso, per sè, non è l'esercizio della proprietà, che consiste piuttosto nell'*uti, frui, consumere*, e si può così bene avere nel possessore, come nel conduttore, inquilino, detentore in genere; e poi l'accennata definizione è affatto insoddisfacente, come quella di chi dicesse: il cacciare è l'esercizio del diritto di caccia. Che se Savigny ulteriormente distingue l'animo di esercitare un diritto proprio (possessore) da quello di usare d'un diritto altrui (detentore), non si sa qui trovare una ragione plausibile dell'influenza di tal dila tutela. Anche il cessionario esercita il diritto del cedente; pure *stinzione giuridica* a lui impartita non è punto diversa da quella accordata al cedente. Perché non sarà così nel possesso?

Altra massima della teoria di Savigny: — In alcuni rapporti (possessione derivato) il Dir. rom. prescinde dall'*animus domini*; per alcuni speciali riguardi vi si ammette una anomalia. — Or bene, una teoria, la quale in dati casi conduce a risultati opposti a quelli accolti dalla legge, non può non essere erronea ne' suoi concetti fondamentali: qui si palesa il fallimento della teoria della soggettività.

La volontà, dice infine la teoria combattuta, è sovrana nel decidere fra detenzione e possesso. — Ma se così fosse, il possesso sarebbe abbandonato al libero capriccio delle parti, si avrebbe l'anarchia come principio di diritto.

Altra vuol dunque essere stata la teoria dei giuristi romani, dice l'A. ⁴⁶: ovunque sussiste l'esteriorità del rapporto possessorio, *corpus* e *animus* nel senso sovraccennato, si ha possesso, in quanto non è provata l'esistenza di un rapporto, a cui la legge accordi solo il valore di

⁴⁶ Cap. XV.

detenzione. Nulla importa la scienza soggettiva, o la individuale volontà del ritentore: l'istituto del possesso ha nel Dir. rom. la stessa determinatezza, fissità, sicurezza, facile applicabilità, che hanno gli altri istituti giuridici. *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*: tale è la regola a cui ottemperarono i giuristi romani nelle singole questioni sul possesso. Tutta la casuistica delle fonti ottiene colla scorta di tali principî una dilucidazione semplice e piana; provisi in quella vece la teorica dominante a spiegare la l. 21 pr. de A. R. D. (41, 1.), la l. 44 § 4, *de usurp.* (41 3) e § 7 *ibidem*; ivi l'insussistenza dell'*animus domini* nel possessore rivela più che mai l'inaccettabilità di quella teorica.⁴⁷

Piuttosto è a ritenersi la dipendenza del rapporto possessorio dal momento causale.⁴⁸ La convenzione stessa delle parti non sarebbe valevole a mutare la detenzione del conduttore in possesso.⁴⁹ Chè anzi si può fin dare il caso che il ritentore della cosa ignori se egli possenga o no, il che se è concepibile in ordine alla *causa possessionis*, non avrebbe senso quanto alla libera volontà soggettiva. — È pertanto duopo far ricorso alla realtà oggettiva, alla *causa*, alle pratiche esigenze della vita civile.

Appunto in base a tali criterî l'A. si accinge a sciogliere l'eterna questione sui casi di possesso derivato.⁵⁰

L'interesse del possessore alla ritenzione del suo possesso si palesava in duplice forma: continuazione dell'*usucapio*, immutata continuazione della tutela giuridica (interdetti possessorî); ed era rivolto in doppia direzione: posizione del possessore rimpetto ai terzi, e rimpetto al detentore.

E in questo secondo riguardo giovava al possessore, sia, di poter espellere il cattivo conduttore o l'incomodo inquilino, sia, di potere quando che fosse vendere il proprio podere. Mancanza di tutela giuridica del detentore nell'interesse del possessore: tale è dunque lo spirito della detenzione. In quei rapporti però, ove la dipendente posizione del detentore non risponde al pratico scopo, si ritiene esistere il possesso. Così è nel caso del creditore pignoratizio: accordargli soltanto la detenzione sulla cosa pignorata sarebbe stato tutt'uno che permettere al debitore di riprendersela a volontà, e rendere il pegno un isti-

⁴⁷ Oltre ai casi accennati, che si limitano ai rapporti famigliari, si notino, nei rapporti contrattuali le leggi 13, *de donat.* (39. 5), l. 21 *de usurp.* (41. 3), l. 60 § 1, *Loc.* (19. 2).

⁴⁸ l. 16 *de peric.* (13. 6), l. 37 *de pign. act.* (13. 7), l. 1 Cod. (7. 30) ecc. V. *Der Besitzzelle*, pag. 351.

⁴⁹ Argom. l. 10 § 2 (41. 2).

⁵⁰ Cap. XVI.

tuto irrisorio. Così, del pari, nel caso dell'enfiteusi basta al *dominus enfiteuseos* la sicurezza nel proprio diritto di proprietà, e il possesso *ad usucapionem*; per ogni altro riguardo è per lui la liberazione da un incomodo il possesso dell'enfiteuta, nel cui particolare interesse alla conservazione della cosa sta la migliore garanzia; epperò, dicono le fonti, *quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet*; ⁵¹ e così è a lui lasciata quella posizione indipendente, che lo incoraggia al miglioramento della cosa. — Del pari il compratore per conto altrui, ma in nome proprio, consegue il possesso della cosa, che gli assicura il risarcimento delle spese fatte; rendere la condizione sua libera da pericolo era una necessità del commercio quotidiano. — Così ancora, nel caso del sequestro è evidentemente indispensabile rendere il depositario indipendente dalle parti, che tra loro contendono; in ciò appunto consiste lo scopo essenziale dell'istituto.

Per tal modo, intanto, emerge come, non già la volontà individuale, soggettiva, sebbene lo scopo pratico sia il criterio seguito dai giuristi romani nel distinguere detenzione da possesso; di qui appunto sgorga la nuova teorica di Jhering: *teleologia del possesso derivato*.

Sempre con gli accennati criteri l'A. si accinge poscia a toccare dei rapporti nei quali v'ha dubbio sull'accoglimento del possesso.⁵² V'è anzitutto il caso della superficie, su cui si discute se s'abbia ad ammettere la *rei possessio*, o solo la *juris possessio*. L'analogia colla enfiteusi, la nessuna necessità di creare per la superficie il concetto della *juris possessio*, la convenienza di accordare un *jus in re* al superficiario, il quale abbisognava d'una posizione indipendente, che gli assicurasse il quieto godimento dell'edifizio che intendeva costruire sul terreno concessogli dallo Stato (in questa probabile pubblica natura della superficie v'è analogia di origine colla enfiteusi, come poscia nell'estensione ai privati rapporti v'è analogia di sviluppo), tutto ciò rende assai verosimile che dalla superficie nascesse una *rei possessio*, allorché aveva luogo il possesso totale della cosa e dell'area. Solo più tardi, nel caso di una superficie parziale⁵³ non avendosi il pieno possesso, si creò (o si estese dalle servitù) l'istituto della *juris possessio*.

Più difficile a definirsi è la figura del *precarium*, che le fonti dicono *simile commodato*; ⁵⁴ ma, sebbene in questo "*geritur negotium invicem*,"⁵⁵ mentre quello "*magis ad donationes spectat*,"⁵⁶ tuttavia nel

⁵¹ l. 16 *de usurp.* (41, 3).

⁵² Cap. XVII.

⁵³ Cfr. p. es. il caso della l. 3 § 7 *uti poss.* (43, 17).

⁵⁴ L. 1 § 3 *de prec.* (43, 26).

⁵⁵ L. 17 § 3 *Comm.* (13, 6).

⁵⁶ L. 14 *de prec.*

primo le fonti ammettono a volte il possesso, laddove nel secondo si riscontra solo detenzione. Oltre a ciò il precarista, sebbene tenga la cosa per proprio interesse, risponde solo della colpa lata. Per spiegare la natura giuridica speciale del *precarium* SAVIGNY ricorse col NIEBUHR all'idea che esso abbia preso origine dalle concessioni di parti dell'*ager publicus* fatta dal patrono a' suoi clienti. Ma tali rapporti regolati dal costume sembrano inadatti a spiegare il carattere giuridico dell'istituto; nè l'*interd. de precario* poté essere necessario al patrono, come erroneamente opina Savigny, per riavere la cosa dal cliente. I loro rapporti erano come di padre a figlio, il cliente non poteva possedere, ma solo in *possessione esse*, al possesso era d'impedimento il vincolo patronale (-n). — Nè punto è da accogliersi l'idea di Savigny, che nella legislazione giustiniana il precario non avesse quasi più pratica applicazione; *quotidie enim precario rogantur creditores ab his, qui pignori dederunt*.⁵⁷ Furono le pratiche utilità che diedero vita al precario con tutti i caratteri che lo contraddistinguono. Duplice ne era la funzione: a) contrattuale, b) di liberalità: nel primo riguardo serviva soprattutto ad ovviare agli inconvenienti, che presentava pel creditore pignoratizio il lasciare la cosa ipotecata in possesso del debitore; egli era minacciato dalla *usureceptio lucrativa*, che si compiva nel termine di un anno, inoltre, per riavere la cosa poteva solo esperire una *in rem actionem*; i quali pericoli scomparivano di fronte all'*interdetto de precario*. Appunto per tali intendimenti si spiega come si ammettesse la costituzione del precario per parte di chi non possiede⁵⁸ (il che ne rendeva possibile l'applicabilità anche a fondi lontani), come il debitore in possesso della cosa ritenesse la *possessio ad interdicta*, non ostante il precario, per potersi difendere senza lungaggine, e disturbi del creditore, — come il precarista rispondesse solo per il dolo o la *culpa lata*, di cui unicamente aveva a temere il creditore, — come infine non competesse al precarista alcun diritto al rimborso delle spese. — Questi stessi caratteri del *precarium* si ricollegano del pari a pratici intendimenti nelle sue applicazioni al caso della vendita, e più particolarmente colla clausula della *lex commissoria*, o della *in diem addictio*,⁵⁹ e così in quelle molteplici ai casi della *funzione liberale* del precario, le cui origini sono dall'A. rintracciate nella famiglia romana, nella convenienza cioè di lasciare ai figli già provetti il godimento di terre, colla potestà nel *pater familias* di riprenderle se gli sembrasse op-

⁵⁷ L. 6 § 4 *de prec.* (43, 26).

⁵⁸ L. 18 *de prec.*

⁵⁹ L. 20 *de prec.*, 1. 3 *Cod. de pact. int. em t.* (4. 54). ccc. V. *Der Besitzwille*, pag. 405. e seg.

portuno. Intanto nei casi accennati, si vede come le pratiche esigenze portassero a riconoscere al precarista il possesso, senza escludere però che a volte il precario potesse dar luogo a detenzione, al modo stesso che nel caso accennato della superficie.

Terzo rapporto in cui v'ha dubbio fra detenzione e possesso è quello di chi trova una cosa; già MANDRY,⁶⁰ argomentando in base alla teorica di Savigny opinava per il possesso; così pure Jhering, però in base alla mancanza nelle fonti di un espresso disposto che accenni alla detenzione, ed all'analogia col caso di chi compera una cosa per conto altrui ma in nome proprio. — Del pari egli crede sussista il possesso nel caso del gestore d'affari.

Rilevata la natura e gli elementi distintivi dei casi di possesso da quelli di detenzione, l'A. accenna alla evoluzione progressiva iniziata in Dir. rom. e seguita poi nell'evo medio fino ai tempi recenti, che gradualmente restrinse il campo della detenzione, il quale prima erasi venuto estendendo dai rapporti di famiglia a quelli più vari della comune convivenza.⁶¹ Duplice fu il processo: a) restringimento della sfera d'applicazione del concetto di detenzione, b) mitigazione del concetto, che a questa dovesse mancare la tutela giuridica. Nel primo riguardo l'evoluzione si iniziò per virtù dell'istituto della *juris quasi possessio* accordata all'usufruttuario, all'usuuario, a volte al superficiario, ecc., e degli interd. *de loco publico*, e *ne vis fiat ei qui in possessionem missus est*, i quali equivalevano, in dati casi, agli interdetti possessori. Nel secondo riguardo poi si rammenti che anche al detentore competeva l'*actio injuriarum*, l'*interd. quod vi aut clam*, e il diritto alla personale difesa del suo possesso. Di più, allargato il concetto dell'*exceptio* in guisa da comprendere anche quei diritti, che anche non direttamente contraddicono l'attrice domanda, la detenzione acquistò maggiore tutela di fronte al possesso. Al conduttore, come si rileva da un passo di Marcello,⁶² venne praticamente riconosciuta la facoltà di opporsi al possessore, che volesse ripigliare la cosa quando a tal uopo militasse pel detentore una *justa et probabilis causa*, al quale intento, anzi, le parti stesse convenivano a volte una pena convenzionale, per assicurare al conduttore il quieto godimento della cosa pel tempo statuito.⁶³ Simile è pure il disposto della l. 3 Cod., *de loc.*, (IV, 65), che i Basilici⁶⁴ chiamarono *ωραίων رہμνον* (*pulchrum*

⁶⁰ Op. cit. pag. 259.

⁶¹ Cap. XVIII.

⁶² L. 12, *de vi* (43, 16).

⁶³ L. 54 § 1, *loc.* (19, 2).

⁶⁴ 20, I, 65.

jus); il diritto a espellere il detentore è qui solo più ammesso in linea d'eccezione.

Una ulteriore tutela della detenzione fu introdotta dalla l. 4, *Cod. Theod. unde vi* (4, 22) che estese a quella la protezione accordata al possesso dalla l. 1 *Cod. just.* (8, 5) in caso d'assenza del possessore: però quella costituzione non fu accolta nel cod. giustin..

L'evoluzione continuò, come è noto, nel periodo medioevale; il *judicium summarissimum* e l'*actio spolii* mirarono appunto alla tutela della detenzione, colmando così una lacuna del Dir. romano; notevole è specialmente il cap. *Saepe contingit* (c. 18, X, de rest. spol. 2, 13) ove Innocenzo III concede l'*actio spolii* contro il terzo *malae fidei possessor*. La tutela del detentore contro il possessore è solo opera delle recenti leggi, e costituisce l'ultimo grado dell'accennata evoluzione.

Colla scorta dei principi fin qui svolti l'A. passa indi alla critica del progetto di cod. civ. per l'impero germanico,⁶⁵ in quella parte che ha tratto al possesso.⁶⁶ Notevoli sono le censure al concetto del possesso ivi accolto, che cioè esso consista in una fisica attività col-l'animo di tenerla come propria (*Besitzwille*). Il venditore, che dichiara in presenza della cosa di trasferirla al compratore, ne procura a questo il possesso: bisognerebbe essere in istato di ipnotismo tanto da non distinguere più una patata da un pomo, per dire che quello consista in tal caso in una fisica attività; non è l'esteriore rapporto, ma l'*economica* disponibilità, che è criterio al riguardo. Del pari, il progetto male accoglie la teorica soggettiva, sopra dimostrata erronea ed impraticabile, dell'*animus possidendi*.

L'A. nota poi come il concetto della detenzione non sia da eliminare così generalmente, come ha fatto il progetto tedesco; egli crede utile conservarlo in tre specie di rapporti: a) di famiglia, b) di rappresentanza (mandato, deposito, *locatio conductio*), c) di momentanea ritenzione della cosa.

Dopo alcune osservazioni in ordine alla terminologia usata dal progetto in tema di possesso e d'azione possessoria, l'A. nota la convenienza di accordare quest'ultima all'antico possessore, che, secondo il portato dell'accennata evoluzione, si considera aver trasmesso il suo possesso al conduttore o all'inquilino; e ciò affinché quegli possa riavere la cosa allo scadere del termine fissato, senza bisogno di agire *ex contractu*, e senza la eventuale opponibilità di eccezioni petitorie. Ciò potrà parere un po' avventato ad un romanista puro, che argomenta in modo stretto in base all'*idea* del possesso: nel caso accennato farà

⁶⁵ Cap. XIX.

⁶⁶ § 797 e seg.

difficoltà la mancanza del *possesso presente* nel locatore. Ma le pratiche utilità, qui incontestabili, debbono prevalere ai riguardi concettuali; e d'altra parte anche il Diritto romano, nell'accordare l'*interd. utru-bi* e gli interdetti possessori, prescindeva dal possesso presente.

Giunto al termine del suo lavoro, l'A. riassume le critiche mosse alla teorica dominante in tema di possesso, e ne rileva l'errore particolarmente nel metodo ⁶⁷.

Non è già una differenza d'indole speculativa, astratta, in ordine alla individuale volontà, che abbia creata la nozione giuridica della detenzione o del possesso; nè ciò è dovuto ad una felice intuizione, della quale non ci consti onde ne sia pervenuta. Il lavoro fecondo dei giuristi romani, onde affluisce la vita in tutto quel mondo giuridico, ha per ispirazione e guida sempre un solo intendimento: *lo scopo nel diritto*. Colla scorta di tal principio, non è difficile ricostruire gli istituti giuridici di quella passata età; occorre chiedere in ogni caso a sé stessi quale sia in ogni norma giuridica il pratico intendimento: tale è il metodo realistico applicato alla storia del Diritto, che potrebbesi appellare — *euristica storico-giuridica*, e dal cui uso la scienza potrà ricavare amplissimo raccolto. — “E si cesserà allora, dice Jhering, dalla vuota obbiezione, che si spesso mi viene opposta, della mancante esplicita prova dei testi,». L'avvenire insegnerà ad apprezzare quanto merita, anche nelle questioni storiche, la forza probante delle considerazioni utilitarie. —

Tale è, nelle sue grandi linee, la tela dell'opera jheringhiana. Ci si sente l'autore del “*Der Zweck im Recht*”, e lo scrutatore profondo dello spirito che vive nella romana legge. Sempre si rileva l'ingegno limpido, pratico, intuitivo, il pensiero forte, che si contrappone al comune indirizzo, lo sguardo penetrante, che indaga *usque a cunabulis*, nella famiglia romana, il sorgere di quei concetti, che poi si allargano in multiformi esplicazioni nel mondo giuridico, e li segue nel vario loro atteggiarsi, come da noi direbbe il Carle, *rebus ipsis dictantibus et necessitate exigente*. —

Nella critica della teoria possessoria di Savigny è mirabile l'ampiezza di vedute, e una particolare energia nell'attaccarne i concetti fondamentali, provandone l'insufficienza fin nella loro interna colleganza. — E la nuova concezione di Jhering apporta una viva luce su molti punti della difficile materia; le dubbiezze, le anomalie, le contraddizioni, che il metodo dialettico fa riscontrare nella dottrina dei giuristi romani, qui sfumano; ogni istituto, ogni norma acquista un'importanza pratica, un modo plausibile di sussistenza.

⁶⁷ Cap. XX, pag. 535, e seg.

Forse, la nuova teorica non risponde, però a tutte le esigenze: se il lato pratico e positivo del problema è rilevato in tutta la sua nettezza, se il disposto della legge romana è posto in chiaro nella sua entità e nella sua portata, non sembra risplendere di luce così limpida il concetto del possesso, che vive nella mente dei giuristi romani. Quale sarà la natura della *possessio civilis* (*ad interdicta*, o puramente *ad usucapionem*) quando in pari tempo si ha la *possessio naturalis*, oppure anche *ad interdicta*? i casi di possesso derivato sono una anomalia, o aderiscono ai principî? e come si vengono questi a grado atteggiando? — L'A. propugna come principio generale, che la questione sull'esistenza del possesso nei casi singoli è una questione di interesse (*eine Interessenfrage*): ma tale idea, che a volte davvero pervade tutta la concezione jheringhiana, pregevolissima in qualità di movente, o di fine della legge⁶⁸ non si palesa molto adatta nella costruzione di una teorica. Se l'interesse è l'unico criterio in tema di possesso, perchè il Diritto romano non ha ammessa al riguardo, in ogni caso, la libera convenzione delle parti? perchè non ha accordato gli interdetti possessori al conduttore? perchè senti il bisogno di creare l'istituto della *juris quasi possessio*?

Il vero si è, che l'interesse può estendere, non fuorviare un istituto, che deve avere propria natura, proprie norme, ed una particolare essenza, per aver vita nella mente del popolo e dei giuristi.

Certo, non è a disconoscere che nel sistema dell'A., il quale non vede nel Diritto che un interesse legalmente protetto, provato lo scopo, è provato il Diritto stesso. — Ma, oltrechè tal principio è contestabile, come quello che vede solo un momento nella concezione del Diritto, non sembra poi consonare col sistema romano essenzialmente storico, ove la scrupolosa riverenza verso il passato lascia solo lentamente muoversi l'idea giuridica, quasi costringendola entro i vincoli di una sintesi fissata, si può dire, *a priori*, che, se non è più che apparente in certe analogie formali, come spesso avviene nelle *utiles actiones*, serba però negli altri casi inalterata nell'essenza, o almeno coerentemente svolta la propria natura. Per la costruzione della teorica, più che il rilevare il pratico interesse, giova osservare come le pratiche esigenze, nell'estendere la sfera dell'istituto, siano venute insensibilmente modificandone la relativa nozione.

La concezione poi dell'*animus possidendi*, com'è svolta dall'A., non sembra essere quale si presentava nell'opera sua "*sul fondamento della protezione del possesso*,"⁶⁹ chè, se il possesso è una *posizione*

⁶⁸ Così scriveva, p. es. da noi il RUGGERI, *Del possesso* § 68, pag. 95, in nota.

⁶⁹ V. la traduz. FORLANI, *passim*, e specialmente pag. 146.

della proprietà, e così l'*animus* come il *corpus* sono identici nel possesso e nella detenzione, e l'*animus* non ha anzi alcuna ragione d'esser tenuto in conto fuorchè realizzato nel *corpus*, il possesso, considerato come esteriorità di fatto viene ad avere una estensione troppo lata perchè nel suo titolare s'abbia a scorgere il vero proprietario.⁷⁰

Senza dubbio la concezione di una volontà individuale e mutevole, come imperante sul rapporto possessorio, è provata inammissibile; forse, per altra parte, non è abbastanza apprezzata la dichiarazione di volontà, specie in ordine al *constitutum possessorium*.

Anche il metodo dell'*euristica storico-giuridica* sarebbe certamente fecondo, se tutti potessero vantare il genio intuitivo di Jhering. — Ad ogni modo, lo studio delle utilità sociali, quali si appalesarono ne' vari momenti della civile convivenza, spirerà un soffio di vita nella scienza del Diritto anche storico, e varrà ad evitare le esagerazioni del metodo dialettico, per effetto del quale molte questioni, al trimenti risolubili in modo facile e piano, diventano vere *cruces juris-consultorum*.⁷¹

Qui ancora, come spesso, il vero e il buono sembrano stare nel mezzo, nel temperamento cioè del metodo idealistico con quello positivo; il diritto è per sé un'idea comparativa, in seno a cui si vengono conciliando la tradizione del passato, e le esigenze del presente, l'ideale ed il reale, l'onesto e l'utile. Tale appare il segreto dell'arte romana: "c'est un beau et religieux spectacle, scriveva MICHELET,⁷² de voir avec quel scrupule le juge romain se laisse pousser d'interprétation en interprétation hors de la loi écrite, marchant, traîné plutôt, et ne convenant jamais qu'il a marché. „ Tra l'aderenza ai *mores veterum*, alla *longa consuetudo*, e la cura incessante dei bisogni nuovi s'inizia, e più tardi sempre ancora si svolge, sotto forme varie, la vita giuridica romana. In ogni istituto giuridico l'entità concettuale com'è fissata dalla tradizione, si pel contenuto e si per la forma, è un prezioso elemento per rilevarne l'interna compagine e il vario esplicarsi. Nè è ciò un *sermocinari e vinculis*, sibbene un far la debita parte alle forze diverse, che operano in quel mondo, nella graduale trasformazione del vero in certo e dell'utile in giusto.

⁷⁰ Nella recente opera cit. (vol. II. 1888) pag. 178, il PININSKI nota come l'*animus possidendi*, che sembrava rispondere alla teorica di Jhering, era l'*animus domini* — „den der Eigenthümer gewöhnlich hat.“

⁷¹ Mi si conceda di citare a questo riguardo il mio scritto sulla *Rei vindicatio utilis*, Torino 1889, pag. 15 e seg. Cfr. le varie controversie ivi allegate.

⁷² *Origines du droit franç.*, pag. xcii.

Per altra parte, dell'elemento utilitario, dai teorici troppo spesso negletto, JHERING rileva la funzione cospicua nella genesi del Diritto, e ne apporta alla teorica possessoria un contributo prezioso: sotto un tale riguardo l'opera sua apparisce veramente feconda.



115605

RECENTISSIME PUBBLICAZIONI

SPICILEGIO VATICANO

DI DOCUMENTI INEDITE E RARI

ESTRATTI DAGLI ARCHIVI E DALLA BIBLIOTECA DELLA SEDE APOSTOLICA

per cura di alcuni degli addetti ai medesimi

Lo Spicilegio Vaticano si pubblica a liberi intervalli in fascicoli di circa 10 fogli di stampa ognuno, 4 fascicoli formano un Volume

Prezzo del Volume per l'Italia L. 18 — per gli Stati dell'Unione Postale L. 20

È pubblicato Vol. I, (1890) fasc. I.

Pubblicazioni dell'Istituto Storico Italiano

FONTI PER LA STORIA D'ITALIA

Volumi pubblicati:

1. — Gesta di Federico I. in Italia, a cura di ERNESTO MONACI L. 7, —
2. — Historia Johannis de Cermenate, a cura di LUIGI ALBERTO
FERRARI » 7, —
3. — Statuti delle Società del popolo di Bologna, a cura di
AUGUSTO GAUDENZI - Vol. I. (Società delle armi) . . » 12, 50
5. — Diario della Città di Roma di Stefano Infessura a cura di
ORESTE TOMMASINI » 10, —
6. — Epistolario di Cola di Rienzo, a cura di ANNIBALE GA-
BRIELLI » 10, —

(Il IV Volume sarà pubblicato fra breve)

CARLO F. FERRARIS

L'ASSICURAZIONE OBBLIGATORIA

E LA RESPONSABILITÀ DEI PADRONI ED IMPRENDITORI

per gli Infortuni sul Lavoro

2ª edizione riveduta, 1890. Un volume in-8 di pag. 262 — Lire 1, 50

ROMA — ERMANNO LOESCHER & C.º EDITORI — ROMA

RIVISTA ITALIANA

PER LE SCIENZE GIURIDICHE

È diretta dai professori F. Schupfer in Roma e G. Fusinato in Torino.

Il Consiglio di direzione si compone dei Signori: *P. Ellero* Senatore, Consigliere di Stato, *F. Filomusi-Guelfi* Prof. all'Università di Roma, *L. Palma* Consigliere di Stato, *V. Scialoja* Prof. all'Università di Roma, e *S. Spaventa* Senatore, Presidente di sezione del Consiglio di Stato.

Hanno promesso la loro collaborazione i Signori:

G. Abignente — G. Alessio — G. Arcoleo — A. Ascoli — F. Auriti — E. Bensa — E. Bianchi — Ferd. Bianchi — Fr. Bianchi — G. Boccardo — L. Bollaffio — A. Bonasi — G. Bonelli — L. Bonfigli — F. Brandileone — C. Brezzo — G. Brini — B. Brugi — A. Brunialti — E. Brusa — A. Buccellati — F. Buonamici — G. C. Buzzati — L. Cantarelli — D. Caporali — G. Carle — E. L. Cattellani — L. Cattaneo — A. Cavagnari — G. Ceneri — L. Chiappelli — G. P. Chironi — A. Codacci-Pisanelli — P. Cogliolo — A. Corsi — L. Cossa — E. Costa — E. Cuzzi — N. De Crescenzo — P. Del Giudice — P. Delogu — P. Demurtas Zichina — E. De Ruggero — P. Esperson — C. Fadda — C. F. Ferraris — E. Ferri — E. C. Ferrini — P. Fiore — G. Fioretti — L. Franchi — C. F. Gabba — E. Galluppi — R. Garofalo — A. Gaudenzi — E. Gianturco — G. Giorgi — G. Grasso — P. Grippo — F. Laghi — V. La Mantia — L. Landucci — E. Ley — G. Leporini — A. Loria — L. Lucchini — G. Maeri — A. Majorana — G. Majorana — A. Malgarini M. Maltini — U. Manara — G. Manfredini — G. Manna — A. Marghieri — M. Mariani — L. Marino — E. Masé Dari — L. Maurizi — U. Mazzola — F. Mecacci — P. Melucci — L. Meucci — L. Minguzzi — G. Mirabelli — L. Miraglia A. Morelli — L. Moriani — L. Mortara — G. Mosca — C. Nani — R. Nulli — G. Oliva — V. E. Orlando — L. Pacciarelli — M. Pampaloni — M. Pantaleoni — F. Pepere — S. Perozzi — E. Pessina — A. Piras — V. Polacco — V. Porto — F. Puglia — L. Ramponi — L. Rava — C. Re — G. Sabbatini — A. Sacerdoti — A. Salandra — E. Salvia — G. Salvioli — G. B. Salvioni — L. Sampolo — V. Sansonetti — G. Saredo — F. Scaduto — R. Schiattarella — E. Scialoja — G. Segrè — G. Semeraro — F. Serafini — V. Simoncelli — B. Squitti — A. Stoppato — D. Supino — G. Taranto — A. Tartufari — L. Tartufari — G. P. Tolomei — T. Trinchieri — S. Trovanelli — P. Tuozi — G. Vadalà-Papale — I. Vanni — G. Venezian — E. Vidari — G. Villa — Marco Vitalevi — V. Vitali — C. Vivante — D. Viti — L. Zammarano — A. Zocco-Rosa — L. Zdekauer ecc.

La Rivista esce in fascicoli bimestrali di circa 160 pagine ognuno. Il prezzo dell'associazione annuale è di lire 20, anticipate, per l'Italia e di lire 22,50 (marchi 18) per i paesi stranieri, che formano parte dell'Unione postale. Ogni fascicolo lire 5.

Le associazioni si ricevono dagli editori *Ermanno Loescher & C.* in Roma, Torino e Firenze e da tutti i principali librai.